

8793093
2ej

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma
de México
CLAVE-879309



BIENES JURÍDICOS TUTELADOS A DISPOSICION DEL SUJETO PASIVO EN EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE JUSTIFICACION

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
HORACIO LARANA OVIEDO

ASESOR:
Lic. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE

CELAYA, GTO. OCTUBRE

1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

272923



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Agradecimientos

A Dios: Gracias te doy Señor, Maestro y fuente de luz, por ser lo que soy y lograr lo que tengo.

A mis Padres: Jesús y Belem por su paciencia, ayuda y sentir el amor de verdaderos padres; Además por ser mis mejores amigos a quien acudo para resolver mis problemas con cariño... Gracias.

A mis Hermanos: J. Jesús, J. Higinio, Belem De la Victoria y Magaly; a ellos porque de algún modo me han brindado su apoyo... Gracias muchachos.

A mi Universidad: Por ser mi Alma Mater.

A mis Maestros: Porque han hecho en mi la formación de mi profesión con sus experiencias y enseñanzas.

Al Lic. Francisco Gutiérrez: Porque conocí en él un gran maestro y después un gran amigo y asesor... Gracias por su amistad.

A Selene: Por tu gran compañía, ayuda, paciencia y colaboración para lograr hacer esta obra... Con cariño te agradezco mucho...

Horacio

INDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCION | 1 |
| | |
| CAPITULO I. | |
| NOCIONES GENERALES DE DERECHO PENAL | 4 |
| 1. 1. Definición del Derecho Penal | 5 |
| 1.2. Terminología Adecuada o Denominación | 6 |
| 1.3. Caracteres del Derecho Penal | 6 |
| 1.4. Partes en que se divide el Derecho Penal | 8 |
| 1.5. Derecho Penal en sentido Objetivo y en sentido Subjetivo | 9 |
| 1.6. Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo | 10 |
| | |
| CAPITULO II. | |
| EL DELITO | 11 |
| 2.1 Concepto de Delito desde el punto de vista Etimológico | 12 |
| 2.2 Definición del Delito según Francisco Carrara | 12 |
| 2.3 Definición Sociológica del Delito | 14 |
| 2.4 Definición Legal del Delito | 14 |
| 2.4.1 Definición del Delito en el Código Penal del Distrito Federal | 15 |
| 2.4.2 Definición del Delito en el Código Penal del Estado de Guanajuato | 15 |
| 2.5 Mención y exposición breve de los elementos del Delito | 17 |
| 2.6 Clasificación de los Delitos según la Ley | 18 |

CAPITULO 111

| | |
|---|-----------|
| LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA _____ | 20 |
| 3.1 El Concepto de Conducta _____ | 21 |
| 3.2 La Acción y la Omisión _____ | 22 |
| 3.3 Ausencia de Conducta _____ | 24 |
| 3.4 Elementos de la Acción y la Omisión _____ | 25 |

CAPITULO IV

| | |
|--|-----------|
| LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA _____ | 27 |
| 4.1 Concepto de Tipo y de Tipicidad _____ | 28 |
| 4.2 Función de la Tipicidad _____ | 29 |
| 4.3 Elementos Objetivos, Subjetivos y Normativos _____ | 29 |
| 4.4 Ausencia de Tipo y de Tipicidad _____ | 30 |

CAPITULO V

| | |
|--|-----------|
| LA ANTIJURIDICIDAD Y SUS CAUSAS DE JUSTIFICACION _ | 32 |
| 5.1 Concepto y Definición _____ | 33 |
| 5.2 Antijuridicidad Formal y Material _____ | 35 |
| 5.3 Ausencia de Antijuridicidad y Noción de Causas de Justificación _____ | 35 |
| 5.4 Diferencia de las Causas de Justificación con otras Eximentes _ | 36 |
| 5.5 Razón de ser de las Causas de Justificación _____ | 38 |
| 5.6 Consentimiento del Ofendido _____ | 39 |
| 5.7 La Legítima Defensa _____ | 39 |
| 5.8 El Estado de Necesidad _____ | 41 |
| 5.9 Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho _____ | 43 |

CAPITULO VI

| | |
|---|-----------|
| LA CULPABILIDAD Y LA INCULPABILIDAD | 45 |
| 6.1 Teorías sobre la Naturaleza Jurídica de la Culpabilidad y Noción de Culpabilidad | 46 |
| 6.2 Formas de la Culpabilidad | 48 |
| 6.3 El Dolo y sus Elementos | 48 |
| 6.4 Especies de Dolo | 49 |
| 6.5 La Culpa y sus Elementos | 49 |
| 6.6 Clases de Culpa | 50 |
| 6.7 La Preterintención | 51 |
| 6.8 La Inculpabilidad | 51 |
| 6.9 Causas de Inculpabilidad | 53 |
| a) El Error y sus Clases | 53 |
| b) La Coacción | 54 |

CAPITULO VII

| | |
|--|-----------|
| LA IMPUTABILIDAD Y LA INIMPUTABILIDAD | 56 |
| 7.1 Noción de Imputabilidad | 57 |
| 7.2 La Imputabilidad y la Responsabilidad | 58 |
| 7.3 La Inimputabilidad y las Acciones <i>Liberæ in Causa</i> | 59 |

CAPITULO VIII

| | |
|---|-----------|
| EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO COMO CAUSA DE JUSTIFICACION | 60 |
| 8.1 Ausencia de Interés y Concepto de Consentimiento | 61 |
| 8.2 Naturaleza Jurídica del Consentimiento | 62 |
| 8.3 Condiciones para otorgar el Consentimiento | 64 |
| 8.4 Concepto de Bien Jurídico Tutelado | 65 |

| | |
|---|-----------|
| 8.5 Bienes Jurídicos a disposición del Sujeto Pasivo para que obre el Consentimiento como Excluyente de Antijuridicidad _____ | 69 |
| a) Lesiones en el Deporte _____ | 71 |
| b) Operaciones Médico-quirúrgicas con fin curativo, de Diagnostico o Sanitario _____ | 73 |
| c) Intervenciones Médico-quirúrgicas sin fin curativo _____ | 74 |
| | |
| CONCLUSIONES _____ | 76 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA _____ | 80 |

INTRODUCCION

El hombre con el transcurso del tiempo ha venido evolucionando en todos los aspectos que se le presentan en su vida cotidiana, de tal forma que prevalece la absoluta necesidad de relacionarse con otros hombres para poder sobrevivir dentro de la sociedad; y es aquí, en donde el individuo aspira a obtener diversos intereses; y a luchar por la aspiración de esos intereses se ha enfrentado a diversos problemas en donde ha tenido que establecer ciertas reglas de conducta para que sus relaciones con los demás sujetos se desarrollen de manera adecuada, ordenada y pacíficamente evitando entorpecer la paz social.

Esto anterior hace que surja la norma jurídica, la cual con el correr del tiempo ha sido reformada con el propósito de poder encuadrar o adecuar el Derecho a la realidad social. En consecuencia, el Derecho Penal no puede quedarse atrás y mucho menos quedar indiferente a los cambios que se llevan a cabo dentro de la esfera social, motivo por el cual el presente trabajo de tesis es encaminado dentro del Derecho Penal Sustantivo o parte general.

El elaborar éste trabajo es con la finalidad de obtener el título de Licenciado en Derecho y así ver un logro más que con mis esfuerzos, obtengo una satisfacción para mi y los míos, y quienes apoyaron el desarrollo de mis estudios profesionales. Este esfuerzo, de realizar un estudio amplio sobre el tema el cual expongo, es para poder aportar una idea de nuestro marco jurídico, esperando sea útil y necesario.

El propósito del presente trabajo consiste en llevar a cabo un estudio del BIEN JURÍDICO TUTELADO y así conocer ampliamente qué bienes jurídicos dispone lícitamente el sujeto pasivo para que obre el consentimiento como causa de justificación de la antijuridicidad.

Para eso se lleva a cabo una investigación partiendo de la Teoría del Delito, y encontrándose el "quid" de este trabajo dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad, que en este caso es el Consentimiento del Sujeto Pasivo señalado en el artículo 33 fracción primera del Código de Penal del Estado de Guanajuato.

La figura del Bien Jurídico es recogida por los grandes dogmáticos penalistas misma que la han colocado dentro de la Teoría del Delito, estableciendo que un bien jurídico "es aquel interés jurídicamente protegido". Tomando en consideración a los dogmáticos se conoce a BIRNBAUM como el padre del Bien jurídico, ya que fue el primero en emplear éste término porque quería que los valores morales y religiosos quedaran protegidos a través del derecho; pero también se cuestionó lo que en verdad la "acción lesiva" lesiona, respondiendo que las acciones delictivas no lesionan derechos sino bienes.

También BINDING contribuye al análisis del Bien Jurídico señalando que este era "todo lo que ante los ojos del legislador tuviera valor para mantener el orden jurídico y la conservación de la tranquilidad que debiera ser protegido por la norma". FRANZ VON LISZT al igual que los anteriores dogmáticos penalistas contribuyen con su punto de vista al respecto del Bien Jurídico mencionando que este no es un Bien del Derecho como afirmaba BINDING, si no que era un Bien del ser humano reconocido y protegido por el Derecho, y de ésta idea

indica que el Bien Jurídico es "un interés social jurídicamente protegido".

*Además de tomar en consideración las Teorías de **BIRNBAUM**, **BINDING** y de **VON LISZT**, se hace un estudio sobre el principio de Ausencia de Interés y de éste principio se deriva el término de Consentimiento, mismo que es estudiado con sus requisitos y condiciones para que sea otorgado.*

El estudio que se hace de lo anterior mencionado nos permitirá conocer los Bienes Jurídicos que dispone lícitamente el sujeto pasivo para que obre el Consentimiento como Causa de Justificación de la Antijuridicidad que se establece en la fracción primera del artículo 33 del Código Penal de Guanajuato sin que dicha disposición legal haga mención de los Bienes Jurídicos Tutelados que se encuentran a disposición del sujeto pasivo.

Horacio Arana Oviedo.

CAPITULO I
NOCIONES GENERALES DE
DERECHO PENAL

1.1 DEFINICION DEL DERECHO PENAL

Vemos que las sociedades humanas están en constante cambio donde continuamente se están transformando de lugar a lugar y de época a época. Dentro de los sentimientos de solidaridad entre las sociedades, existen "actos contrarios" que afectan a los valores de la colectividad en donde surge el crimen o delito donde se obstaculiza la convivencia pacífica y el buen desarrollo de las sociedades.

Estos actos contrarios al interés social hacen que el Estado intervenga de alguna manera reprimiéndolos necesariamente a través de normas jurídicas cuyo conjunto integra lo que es el Derecho, apareciendo por consiguiente la facultad que tiene el Estado a castigar; es decir, de imponer penas a todos aquellos que desarrollan conductas que afectan con mayor relevancia la convivencia pacífica de los grupos sociales y es así como aparece el Derecho Penal.

El Estado por razones políticas o de interés superior de la sociedad le importa regular en cierta materia cuando ésta cae en el Derecho Público, aunque también lo hace en el Derecho Privado.

Es decir, el Estado como persona jurídica de Derecho Público en ejercicio de la soberanía que el pueblo le otorga; o bien el pueblo ejercita su soberanía a través de los órganos del Estado por medio del orden jurídico fundamental o constitucional, le otorga al Estado mismo la atribución que se traduce en la creación del derecho estableciendo normas jurídicas, ya sea regulando las relaciones entre el Estado soberano y el particular gobernado; o también, ya sea regulando relaciones entre los particulares.

De esta manera, para castigar drásticamente las conductas que se consideran en extremo perturbadoras del orden social, aparece el Derecho Penal, mismo que es definido por Fernando Castellanos de la siguiente manera: *Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social.*
(1)

1.2 TERMINOLOGIA ADECUADA O DENOMINACION

Esta rama del derecho como lo es el derecho penal han obtenido múltiples y variadas denominaciones, aunque siempre están referidas a la misma materia. Denominaciones como Derecho Represivo, Derecho Restaurador, Derecho de la Defensa Social, Derecho Criminal, Derecho Punitivo, Derecho de Prevención etc.

El término Derecho Penal existe en la mayoría de los países europeos así como en los países de Latinoamérica, donde es considerado éste como más apropiado por que se apega más a los fines de nuestro derecho vigente, además porque está referido generalmente a los delitos y donde en otras partes o países se denominan crímenes.

1.3 CARACTERES DEL DERECHO PENAL

Según la doctrina, el Derecho Penal entre otras cosas es un derecho de carácter *público, valorativo, normativo, finalista y sancionador.*

(1) CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 27ª., ed. Edi. Porrúa, México 1989 p. 19

El Derecho Penal, es una rama del derecho *público* en donde existe relación entre el Estado como soberano con los particulares. Es el Estado quien establece los delitos e indica las penas imponiéndolas y ejecutándolas; y es así como existe la relación jurídica con los particulares o con el delincuente pero no hay relación entre el delincuente y el ofendido porque sería un aspecto de derecho privado.

También es *valorativo* simplemente porque valora las conductas o hechos realizados por el hombre; o dicho de otra manera, protege los valores más altos de la sociedad; es *normativo* pues es establecido por un conjunto de normas jurídicas penales sobre el "deber ser" y es en su naturaleza normativa donde reside el carácter de Ciencia del Derecho. Es igualmente *finalista*, ya que si el derecho se ocupa de conductas, no puede menos que tener un fin.

El Estado debe recoger y enfocar teleológicamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida. Además el fin del Derecho Penal se identifica con la represión del delito en forma mediata, y si se habla del fin inmediato sería la creación y la conservación del orden social.

Hay autores que creen que esta rama del derecho es *constitutiva* porque en estas se encuentran las normas. Pero sabemos que el ilícito es común a todo derecho. Se observa a manera de ejemplo que el delincuente no quebranta la ley sino la norma, y con esto, hay elementos suficientes para indicar la índole *sancionadora* y no constitutiva del Derecho Penal.

1.4. PARTES EN QUE SE DIVIDE EL DERECHO PENAL

La Ciencia del Derecho Penal, es un conjunto de conocimientos sistematizados y de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad. Al referirse a que es sistematizado indica que es una ciencia en la que se le puede clasificar de diversos modos.

Hay juristas, en su mayoría, que clasifica a ésta disciplina en dos partes: las llamadas. *Parte General y Parte Especial* Cabe hacer mención que nuestro Código Penal del Estado de Guanajuato, al igual que muchos códigos penales de la República, están divididos en las dos partes antes mencionadas. Igualmente, al estudiar institucionalmente esta disciplina muchos llevan en su primer curso *Generalidades de Derecho Penal* y en su segundo curso llevan especialmente *a los delitos en particular*.

En la Parte General se trata la Introducción que contempla generalidades sobre el Derecho Penal y las Ciencias Penales; la Evolución de las Ideas Penales; la Historia del Derecho Penal y las Ideas de las Escuelas Penales.

En la Teoría de la Ley Penal se estudia las Fuentes del Derecho Penal, la interpretación de la ley penal y los ámbitos de validez de la ley penal en su aspecto material, espacial, temporal y personal.

La Teoría del Delito comprende básicamente *el delito*, su definición y concepto, además, los elementos comunes de todos los delitos, el *ITER CRIMINIS* o la vida del delito; y la participación y el concurso de delitos. En esta misma Parte General, hay varios autores que se inquietan en incluir la Teoría del Delincuente que tratan dentro de la misma Teoría del Delito.

En la Parte Especial comprende el estudio y análisis de los delitos en particular, y de las penas y medidas de seguridad aplicables a casos concretos.

Hay autores como Jiménez de Asúa, que para estudiar esta disciplina la divide en tres partes: primeramente la *introducción*, en segundo término la *parte general* y por último la *parte especial*

Señala a la *Introducción* como una primera parte donde estudia el concepto de Derecho Penal; Historia del Derecho Penal; Filosofía del Derecho Penal; Legislación Penal Comparada; y las Fuentes.

En la *Parte General* estudia la Ley Penal; El Delito; El Delincuente; y la Sanción. Y por último en su tercera parte que es la *especial* únicamente trata de los delitos en particular ⁽²⁾.

1.5 DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO

Tradicional y frecuentemente al Derecho penal se le divide en Sentido Subjetivo y Sentido Objetivo. El Derecho Penal Subjetivamente es el derecho de castigar; es *el jus puniendi*, es decir que es el derecho que tiene el Estado a amenazar la ejecución de los delitos con penas.

(2) JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito, Principios Generales de Derecho Penal. 5ª., ed. Edi. Sudamericana. Buenos Aires, Argentina 1967. P. 30

En Sentido Objetivo, es *el conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados* ⁽³⁾. Esto sería una norma que nos permite o que nos prohíbe hacer algo.

1.6 DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y ADJETIVO

En la definición del Derecho Penal, la sustancia de este derecho, es determinar los delitos, las penas y medidas de seguridad por medio de normas que establece el Estado. Es decir, estos elementos son la sustancia del Derecho Penal, igual a lo que es el Derecho Penal en sentido objetivo.

Ahora bien, para que se puedan aplicar las normas del Derecho Penal Sustantivo debe de hacerse conforme a otras reglas que señale el Estado para determinar la forma de su aplicación. Y es así como surge el Procedimiento Penal o Derecho Procesal Penal.

Estas reglas o normas formales regulan las investigaciones y actuaciones que han de llevar a cabo la justicia criminal para descubrir y comprobar la existencia de los delitos y aplicar a los delincuentes las sanciones establecidas. Esto último se le ha denominado Derecho Penal Adjetivo.

(3) CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Parte General. 9ª., ed. Edi. Nacional. México, D.F., 1961. p. 119.

CAPITULO II
EL DELITO

2.1 CONCEPTO DE DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA ETIMOLOGICO

La idea o noción que se tiene de la palabra delito es la de "*un acto que la ley castiga con una pena*". Esta idea jurídicamente hablando no contempla las características que debe tener una conducta para que sea punible, ya que con cualquier eximente se elimina la calidad de delito; y por lo que respecta a la Excusa Absolutoria, ésta elimina la pena pero no el carácter delictivo de una acción.

La palabra *delito* deriva del verbo latino *delinquere* y de la forma verbal de esta lengua que hace las veces de sustantivo que denota el término de la acción que es *delictum* que significa dejar, abandonar o apartarse del buen camino. Hay que reconocer que las raíces de las palabras están sujetas para su estudio en tres aspectos como lo fonético, lo semántico y morfológico; con esto digo que la etimología de la palabra delito, no nos conduce a determinar con exactitud lo que se pretende definir, ni siquiera llega a acercarse a la idea vulgar; por lo tanto, conocer su etimología únicamente nos sirve para ubicarnos y no para llevar a cabo su estudio.

2.2 DEFINICION DEL DELITO SEGÚN FRANCISCO CARRARA

La Escuela Clásica se ocupó en la tarea de elaborar varias definiciones del delito, sobre todo Francisco Carrara que fue uno de los principales exponentes de ésta escuela, la cual definió al delito de una forma que ha servido de base para algunos ordenamientos jurídicos de la siguiente forma: "*Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*"

Para Carrara, el delito no es un ente de hecho, sino un *ente jurídico* y reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre, y también un hecho exterior lesivo del derecho y peligroso para el mismo.

Llama al delito *infracción a la ley* en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra la misma ley; pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la *ley del Estado* y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues si no es así tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la *seguridad de los ciudadanos*.

También juzgó preciso anotar en su definición, como la infracción ha de ser la *resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo*, para sustraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y también, para significar que solamente el hombre puede ser sujeto activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima el acto o la *omisión moralmente imputables*, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política ⁽⁴⁾.

(4) CARRARA, Francisco. Citado por Fernando Castellanos Op. Cit. Supra (1) Pp.125-126.

2.3 DEFINICION SOCIOLOGICA DEL DELITO.

De las definiciones que he venido tratando, ninguna contiene un aspecto sociológico; es decir, un aspecto que se refiera a lo humano y a lo social, pero la Escuela Positiva pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva al dar una estimación a la personalidad del delincuente. Por eso esta Escuela Positiva consideró al delito como un fenómeno natural y social producido por el hombre.

A este respecto, Rafael Garófalo elabora una noción del delito al distinguir entre delito natural y el delito legal, y dejando a éste último para distinguirlo de la Escuela Clásica.

Elabora pues Garófalo su concepto de delito natural, recurriendo a la violación de determinados sentimientos definiéndolo de la siguiente forma: delito es *"la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad."*⁽⁵⁾

2.4 DEFINICION LEGAL DEL DELITO

Respecto de la definición de lo que es el delito, podemos afirmar que no todos los códigos penales establecen una definición acerca de éste fenómeno jurídico que afecta a la colectividad; no obstante, el Código del Distrito Federal en su artículo 4º de 1871 establecía que el delito es *"la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe y dejando de hacer lo que le manda"*.

(5) GAROFALO, Rafael. Citado por Fernando Castellanos. Ibidem (4) p. 126

Esta definición difiere de la establecida por el Código Penal Español de 1870, cuerpo normativo que definía al delito de la siguiente manera: *"como las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley"*.

Por lo que se refiere al Código Penal del Distrito Federal mexicano de 1929, se conceptuaba al delito como *"lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal"*.

Esta definición fue grandemente criticada ya que el delito no únicamente puede afectar derechos, sino también puede afectar bienes, y la pena sería aplicable tanto cuando se afectan derechos como cuando se afectan bienes propiamente dichos.

2.4.1 DEFINICION DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

Es en el año de 1931 cuando el Código Penal para el Distrito Federal en el fuero común y en materia federal para toda la República que define al delito en su artículo 7º de la siguiente manera: *"Es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*.

Esta definición hasta hoy en día es criticada porque no señala en ella qué elementos característicos tiene la acción o la omisión para que sea sancionado por la ley penal.

2.4.2 DEFINICION DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

En 1956, el Código Penal de Guanajuato, recogía en su artículo tercero la misma definición que señala el actual Código Penal Federal; pero ya después, en 1978 se elabora un concepto de delito adoptando la fórmula de Mezger, que expresaba que el delito es *"la conducta*

típicamente antijurídica y culpable⁽⁶⁾. Pero una vez recogida esta idea, nuestro código del Estado agrega dos elementos a la concepción tradicional alemana quedando actualmente en el artículo 11 de la siguiente manera: "*delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible*".

Esta definición, indudablemente que es la que viene de la dogmática penal alemana, misma que tiene su base en el sistema clásico llamado también Causalista, cuyo fundador se ha considerado a Franz Von Liszt, quien definía al delito como "*acción antijurídica y culpable*", posteriormente, Ernesto Beling agrega a la definición de Liszt el elemento denominado *tipicidad*, considerando al delito como acción típicamente antijurídica y culpable. Ernesto Von Mayer sigue la definición de Beling y define al delito por consiguiente de la misma manera, es decir como *acción típica, antijurídica y culpable*.

Por lo anterior, es que el maestro Cardona Arizmendi afirma que la definición de delito del Código Penal del Estado de Guanajuato, es inspirada en la definición de Mezger.

Como se puede apreciar en estas definiciones de estos grandes dogmáticos a diferencia de nuestro código, no consideran a la imputabilidad como elemento del delito, sino que la imputabilidad para la dogmática penal alemana por lo que se refiere al sistema clásico, es un presupuesto de la culpabilidad; y por lo que se refiere al sistema neoclásico, la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad.

(6) **CARDONA ARIZMENDI, Enrique y Otros.** Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. 2ª., ed. Edi. Cárdenas. México, D.F. 1985. p.325.

2.5 MENCIÓN Y EXPOSICIÓN BREVE DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

Como hemos visto, nuestro Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato ha definido el delito como *Conducta típicamente antijurídica, imputable culpable y punible*; es decir, que una conducta será punible siempre y cuando reúna la calidad para que se le imponga una pena y para que a una conducta se le imponga una pena, es necesario que sea típica, antijurídica, imputable y culpable; por lo tanto, tenemos una característica fundamental que es la conducta, misma que se considera como una manifestación de la voluntad hacia el exterior y que se puede traducir en una acción que a la vez Comisión cuando se viola una norma prohibitiva; o bien en una Omisión cuando se viola una norma dispositiva, naturalmente todo ello obedeciendo a la voluntad que se manifiesta. De ésta definición podemos considerar que contiene dos clases de elementos: *elementos objetivos* como lo son la Conducta, tipicidad y antijuridicidad; que por cierto a esto se le ha denominado "El Injusto Penal".

Por otro lado, *elementos subjetivos* como lo son la imputabilidad y la culpabilidad. Por lo tanto, la parte objetiva del delito se desarrolla fuera del individuo, es decir, se valora la conducta desde el punto de vista objetivo; en tanto los elementos subjetivos, están referidos a la valoración del sujeto en su intelecto, ambos aspectos violatorios del orden normativo. Lo anterior entonces, se traduce a que la conducta está sujeta a una doble valoración; la valoración objetiva que se hace a través de la antijuridicidad, y la valoración subjetiva que se hace a través de la culpabilidad ⁽⁷⁾.

(7) GRAF ZU DHONA, Alexander. Estructura de la Teoría del Delito 4ª.ed. Edi. Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina p. 13

Por lo que respecta a la Punibilidad a la que se ha definido de diferentes maneras, pues se le considera como la calidad de la conducta que se hace merecedora de una pena, también se le ha entendido como la pena misma e incluso como el señalamiento de una pena.

Existe una gran discusión dogmática ya que hay tratadistas que la consideran como la consecuencia del delito y hay otros que la consideran como elemento esencial del fenómeno jurídico penalmente relevante.

Esta definición de nuestro Código respecto del delito es la definición dogmática del mismo, desarrollada por los grandes dogmáticos penalistas alemanes comprendidos dentro del sistema clásico o causalista, así como dentro del sistema neoclásico de la dogmática penal alemana ⁽⁸⁾.

2.5 CLASIFICACION DE LOS DELITOS SEGUN LA LEY

Nuestro Código Penal del Estado de Guanajuato en su artículo 14, nos muestra una clasificación del delito tomando en cuenta la duración de la conducta, expresando que el delito es instantáneo, permanente y continuado.

El delito instantáneo es aquel cuya acción se consuma en un solo momento, es decir, cuando coincide con la consumación. Por eso primeramente el artículo 14 del Código Penal de nuestro Estado establece que el delito es instantáneo cuando “la agresión al bien jurídico tutelado se consuma en un solo momento”.

(8) MORENO Hernandez, Moisés. Conferencia Teoría del Delito. Noviembre de 1990. Universidad de Guanajuato. México

Por otra parte, el delito es permanente cuando la acción que consuma el delito puede prolongarse en el tiempo a voluntad del sujeto activo, de modo que en cualquier momento en que se integre la figura delictuosa se estima que se lesione el bien jurídico. En cuanto a éste tipo de delito el Código Penal en el artículo mencionado señala que el delito es permanente “cuando la consumación se prolonga por mas o menos tiempo”.

Por último el delito continuado es aquel en donde existen varias acciones y un solo resultado antijurídico; o dicho de otro modo cuando el autor ejecuta diversas acciones, cada una de las cuales, aunque integre una figura delictiva, no constituye mas que la ejecución parcial de un solo y único delito. Por eso nuestro código penal en el artículo en mención nos dice que el delito es continuado “cuando el hecho que lo constituye se integra con la repetición de una misma conducta procedente de la misma resolución del activo, con unidad de lesión jurídica”.

CAPITULO III
LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

3.1 EL CONCEPTO DE CONDUCTA

La conducta analizada dentro del Derecho Penal, se ha considerado un elemento esencial que estructura o forma al delito y que contribuye con los demás elementos a integrarlo.

Día con día, el ser humano lleva a cabo ciertas conductas con sus semejantes las cuales pueden ser buenas o malas; y aunque así fueran sabemos de antemano que no todas las conductas son delitos ya que para que se consideren delitos es necesario que la conducta encuadre exactamente con lo descrito en la ley penal; además de que debe tener la presencia de los demás elementos sustanciales del delito como la antijuridicidad, la imputabilidad y culpabilidad para que la conducta sea punible y por lo tanto se considere delito.

A este primer elemento del delito se le han aplicado varios términos como conducta, acto, hecho acción, etc.; pero en la elaboración de éste trabajo emplearemos el término de conducta, mismo que Fernando Castellanos la define como *el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.*⁽⁹⁾

Dentro de éste concepto de conducta puede comprenderse a la acción y la omisión, es decir, el hacer positivo y el negativo de actuar. Únicamente la conducta del ser humano tiene importancia para el Derecho Penal, ya que la acción y la omisión deben corresponder al hombre porque es el único ser capaz de conducirse con voluntad y ser sujeto activo de las conductas descritas en abstracto por las leyes penales.

(9) CASTELLANOS, Fernando. Op Cit. Supra (5) p. 149.

3.2 LA ACCION Y LA OMISION

Se ha expresado anteriormente que la conducta también llamada acto o acción en el sentido amplio se puede manifestar mediante haceres positivos o negativos; dicho de otra manera por actos o por abstenciones.

La conducta se ha definido también como “movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior”.

Como se puede observar, tanto en la definición de Liszt y tanto como la de Fernando Castellanos la conducta es la manifestación de la voluntad hacia el exterior; lo que se traduce en una acción desde el punto de vista positivo; y desde el punto de vista negativo en una omisión; acción y omisión pero voluntarios, lo cual quiere decir que la conducta tiene un factor rector que es la voluntad que se expresa al exterior considerada como autodeterminación del ser humano. Por lo tanto la acción consiste en un hacer, en una actividad voluntaria expresada mediante movimientos del cuerpo, o en una serie de movimientos corporales, dirigido a la obtención de un fin determinado ⁽¹⁰⁾.

En cambio, la omisión es una conducta sin actividad, es una abstención o un abstenerse de obrar; es un no hacer aquello que se debe de ejecutar por imponerlo así la ley penal.

De estas ideas puede definirse a la omisión como la *inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado*⁽¹¹⁾.

(10) CUELLO CALON, Eugenio. Op. Cit. Supra (3) p.273.

(11) IBIDEM. p.296.

A la acción puede a la vez considerarse una Comisión cuando se viola una norma prohibitiva o bien en una Omisión cuando se viola una norma dispositivo que ordena o manda.

En los delitos de acción se hace lo prohibido y en los de omisión, se deja de hacer lo mandado expresamente.

Dentro de la Omisión debe distinguirse a la Omisión Simple o Propia y a la Comisión por Omisión u Omisión Impropia. Dentro de la primera, es decir de la omisión simple radica en una abstención, en un no hacer aquello que se debe de ejecutar por mandamiento o disposición de la norma penal, o dicho de otro modo sería que el sujeto omite una conducta o no hace lo que la ley le ordena que haga.

La omisión simple consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico ⁽¹²⁾. Por lo que se refiere a la Comisión por Omisión u Omisión Impropia, aquí el sujeto omite realizar la conducta que evitaría la producción del resultado típico.

Porte Petit, en lo referente expresa que “existe un delito de Comisión por Omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delito de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva ⁽¹³⁾.”

(12) PORTE PETIT, Celestino. Citado por Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal 27ª., ed. Edi. Porrúa. p. 153.

(13) IDEM.

3.3 AUSENCIA DE CONDUCTA

Para que se constituya el delito, es necesario que reúna sus elementos esenciales, ya que si no es de éste modo no se podría integrar. Si una conducta no se manifiesta ya sea en un acto u omisión se podría decir que no hay delito y estaríamos frente a una Ausencia de Conducta, misma que es un aspecto negativo o impeditivo para la formación de la figura delictiva.

Esto quiere decir que la conducta no existe y por tanto, da lugar a que no aparezca el delito.

Nuestro Código Penal de Guanajuato en su artículo 16 nos señala los casos en que existirá Ausencia de Conducta indicando lo siguiente: *“No existe conducta, cuando se viola la ley penal por fuerza física irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente”*.

Del concepto anteriormente mencionado por el Código Penal de Guanajuato se toma en consideración que habrá Ausencia de Conducta en los casos siguientes:

- a) **Vis Absoluta.** Este aspecto consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible, se ejerce contra la voluntad de un sujeto, quien aparentemente comete una conducta delictiva.
- b) **Vis Maior.** Este aspecto también se caracteriza por un impulso físico irresistible en el cual causa un resultado típico; aquí el impulso físico proviene de la naturaleza, a diferencia de la vis absoluta que proviene de otro hombre.
- c) **Impedimento Físico.** Este es un obstáculo insuperable de actuar; puede derivar de un tercero o de la naturaleza impidiendo actuar en ambos casos.

Por último señala que también existirá Ausencia de Conducta en cualquier otro caso en el que haya ausencia de voluntad del sujeto.

3.4 ELEMENTOS DE LA ACCION Y DE LA OMISION

Una vez conocido el concepto que se le otorga a la acción la cual consiste en un actuar o hacer traducido en un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva acabo uno o varios movimientos corporales dirigidos a la obtención de un fin determinado. Por lo tanto para realizar un análisis de lo anterior expuesto, se opina que la acción consta de variados elementos dentro del marco penal, los cuales son la voluntad, la actividad, el resultado y el nexo de causalidad.

Por lo que respecta a la voluntad, esto esta referido al “querer” por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Esto anterior podríamos decir que es propiamente la intención.

Ahora bien, por lo que se refiere a la Actividad, esta consiste en el hacer o actuar, es decir que es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir un ilícito.

En cuanto al Resultado, este es la consecuencia de la conducta; o dicho de otra forma es el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

Por último el Nexo de Causalidad es el vinculo o unión que ata a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que vincula a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

De esto último debemos decir que el Nexo Causal debe de ser material, ya que si es de otra manera como por ejemplo moral o psicológico, sería irrelevante para el derecho penal.

Ahora bien, en la Omisión, misma que consiste en una actividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado consta también de variados elementos como la acción. Por lo tanto en la Omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en No Actuar. De esto se determina que como elementos de la Omisión aparecen la Voluntad y la Inactividad.

Por lo que respecta a la Voluntad en la Omisión, esta va encaminada a no llevar a cabo una acción ordenada por el Derecho. La Inactividad se liga al elemento psicológico, ya que el sujeto se abstiene de realizar el acto a cuya realización estaba obligado.

De los elementos Voluntad e Inactividad aparecen dentro de la Omisión Simple como en la Comisión por Omisión; y en esta última surgen otros factores que son un resultado material y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención; y por último dentro de la Omisión Simple, no cabe hablar de nexo causal, ya que no se produce ningún resultado.

CAPITULO IV
LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

4.1 CONCEPTO DE TIPO Y TIPICIDAD

Se ha sostenido que el Derecho Penal se justifica en su propio fin de tutelar principalmente bienes en donde su conservación depende la vida armoniosa dentro de la sociedad; por ello sus preceptos indican o consignan conductas consideradas como dañosas y amenazan su realización con penas. El Derecho Penal, señala en sus disposiciones aquellas conductas que se manifiestan o declaran como delitos. Es aquí donde aparecen los conceptos de *Tipo y Tipicidad* que presentan un aspecto de gran importancia en el estudio dogmático del delito.

Por lo tanto, vemos que el *tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales; o dicho de otra manera, el tipo consiste en la descripción legal de un delito* ⁽¹⁴⁾.

Por otra parte, *la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto* que parte del principio "*nullum crimen sine lege* " que se ampara en el artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo tanto se puede decir también que *la Tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con lo descrito por el legislador.*⁽¹⁵⁾

(14) IBIDEM. P. 167.

(15) IBIDEM. P. 168.

4.2 FUNCION DE LA TIPICIDAD

Al establecerse el artículo 14 constitucional, se le da al tipo el rango de garantía individual, por lo que podemos afirmar que la tipicidad tiene la función de principio de legalidad y seguridad jurídica. Por lo tanto, la tipicidad simplemente satisface la función descriptiva del delito por la razón de que entendemos por tipicidad la adecuación de la conducta dada en la realidad con la descrita en el tipo penal, tipo penal o descripción de la conducta que debe de existir precisamente en la ley, ley que se debe de aplicar solamente hacia el futuro; es decir, que sólo se aplicará a los hechos presumibles delictuosos que se llevan a cabo a partir del momento en que la ley tenga vigencia. De esta manera se cumple cabalmente con lo establecido en el párrafo segundo en su última parte del artículo 14 Constitucional.

Ahora bien, la Tipicidad para Beling, en 1906 era un elemento autónomo, es decir sin relación alguna con la antijuridicidad; pero con Ernesto Mayer en 1915 la tipicidad cobra un matiz indiciario de la antijuridicidad, con Mayer entonces la tipicidad, es la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. Con Edmundo Mezger toda conducta típica es antijurídica siempre que no exista una causa de justificación. La tipicidad puede ser considerada como el segundo elemento objetivo del delito; también podemos considerarla como un juicio de valor que se realiza sobre la conducta dada en la realidad para determinar si es típica o no. Y finalmente como la adecuación de la conducta descrita en el tipo penal.

4.3 ELEMENTOS OBJETIVOS, SUBJETIVOS Y NORMATIVOS

Es necesario hacer mención que para poder tipificar, el tipo penal en la descripción que hace de la conducta en abstracto, señala elementos que necesariamente se tienen que reafirmar en la conducta dada en la

realidad, para que esta pueda encuadrar perfectamente en la conducta descrita en el tipo.

Como consecuencia de lo anterior, los tipos penales establecen elementos objetivos, que por cierto son los mismos elementos objetivos del tipo penal de Beling de 1906; además de lo anterior existen tipos penales que establecen elementos subjetivos haciéndose mención que son los descubiertos por Mayer en 1915, pero no solo eso sino que dentro de estos elementos subjetivos existen los llamados normativos que constituyen juicios de valor y que fueron mencionados por Edmundo Mezger en su tratado de Derecho Penal.

Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que los tipos penales contienen elementos objetivos, elementos subjetivos y dentro de estos últimos los elementos normativos.

Respecto de los elementos objetivos podemos considerar los siguientes: *conducta; resultado; nexo causal, especiales formas de ejecución; sujetos, que son activo y pasivo* en los que hay que considerar calidad y número y finalmente *objeto material*.

Dentro de los elementos Subjetivos, encontramos entre otros, *ánimos propósitos, fines, conocimientos, saberes o sabiendas;* y entre los Normativos, *el honor, deshonra, castidad, pudor, la propiedad, la posesión, la honra, la honestidad* entre otros.

4.4 AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD

Ya hablamos mencionado que la tipicidad es un elemento integrante del delito, pero en el caso de que haya ausencia, impediría que se integrara este; o dicho de otra manera cuando no se integran los

elementos que describe el tipo penal, aparece el aspecto negativo del delito llamado *atipicidad*.

Hay Ausencia de Tipicidad o Atipicidad cuando una conducta no se adecue a una descripción legal. Existe tipo pero no hay encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo.

Por otra parte, se acepta que no hay delito sin tipo legal (*nullum crimen sine tipo*), razón por la cual podemos deducir que cuando el legislador no describe una conducta dentro de los preceptos penales no existirá delito; es decir, hay Ausencia de Tipo cuando no existe descripción legal de una conducta, o por faltar alguno de los elementos que el tipo exige.

CAPÍTULO V
LA ANTIJURIDICIDAD Y SUS
CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

5.1 CONCEPTO Y DEFINICION

Siguiendo con el estudio de los elementos del delito en donde anteriormente habíamos estudiado la conducta y la tipicidad, ahora veremos otro de los elementos objetivos esenciales para que se conforme este fenómeno jurídico que es la antijuridicidad. Podríamos señalar que la conducta, además de ser típica ha de ser también antijurídica; es decir contraria al orden jurídico.

Elaborando un concepto de la palabra antijuridicidad, vemos que es una palabra aglutinante que se forma por el prefijo griego *anti* que significa "*contra*", en este caso, el concepto de antijuridicidad se acepta como lo contrario a Derecho. Definiéndose además a la antijuridicidad como "*la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico*"; por otra parte la antijuridicidad consiste en un juicio de valor (disvalor) cuyo objeto de valoración es precisamente la conducta que se adecua a un tipo penal, de tal manera que si dicha conducta típica contradice el orden jurídico nos encontraremos ante la presencia de la antijuridicidad. De esta manera recordando el mecanismo de *Mayer* quien empieza a relacionar la tipicidad con la antijuridicidad, dándole a la primera un carácter indiciario de la segunda; debemos decir, que una conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación; y por lo que respecta a *Mezger* que relaciona totalmente la tipicidad con la antijuridicidad, afirmaba que toda conducta típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación. Entonces para que exista la antijuridicidad de una conducta es necesario que se contraponga a la norma. De tal modo que, si una conducta típica aparece amparada bajo una causa de justificación, la conducta típica no será antijurídica, ya que se justifica y por lo tanto genera licitud. Pero es importante destacar que la antijuridicidad consiste en la contradicción de la conducta con la norma, naturalmente

desde el punto de vista objetivo. Por lo tanto, pueden existir conductas típicas que no son antijurídicas cuando están amparadas por una causa de justificación. Retomando lo anterior, en que señalábamos que la antijuridicidad se conceptuaba como "*lo contrario a derecho* " surgen diferentes teorías sobre éste concepto; así Francisco Carrara sostenía que el delito era "lo contrario a la ley". Pero Carlos Binding rechazó lo que sostenía Carrara y señaló que el delincuente no viola la ley penal; sino más bien el acto se ajusta a ella.

Señalaba que cuando un hombre mata a otro no vulnera la ley, pero sí quebranta la norma que está por encima de la ley. Por eso Binding afirmó que la norma crea lo antijurídico, y la ley crea la acción punible⁽¹⁶⁾. Entonces, lo que realmente se viola es la norma jurídica penal y no la ley, norma que no se encuentra descrita sino que se encuentra incita en la norma penal.

Posteriormente, al seguirse estudiando el concepto de antijuridicidad y sobre todo apoyado en la Teoría de Binding, Ernesto Mayer señalaba que el orden jurídico es un orden cultural y, que por lo tanto la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Respecto a esto, se ha afirmado que las normas de cultura son valores que la sociedad ha creado para poder vivir dentro de la colectividad, estas normas de cultura o valores son recogidos por el legislador y elevados a la categoría de bienes jurídicos tutelados; de esta manera el legislador procede a imponerles el deber de respeto y este deber de respeto no es otra cosa que la norma jurídica penal y así finalmente el legislador crea el tipo penal.

(16) Citado por Fernando Castellanos. IBIDEM. p. 179.

Por último cabe mencionar que la antijuridicidad presenta un carácter puramente objetivo; es decir, que atiende únicamente al acto y a la conducta manifestada exteriormente por el sujeto que viola el bien protegido por la ley penal.

5.2 ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

Dentro de la antijuridicidad se admite solamente un criterio unitario resultado de un juicio sustancial. Sin Embargo, Franz Von Liszt elaboró una tesis dualista acerca de la antijuridicidad. Indicaba que este elemento constitutivo del delito es contemplado bajo dos aspectos; es decir, una antijuridicidad formal y una material. Dentro de la primera señalaba que el acto será formalmente antijurídico cuando exista una infracción a la norma establecida por el Estado; por el contrario existirá antijuridicidad material cuando una conducta sea contraria a los intereses de la sociedad caracterizada por la violación de las normas ético-sociales aceptadas por el derecho.

5.3 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD Y NOCIÓN DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Vemos que cuando una conducta típica lesiona o pone en peligro los bienes protegidos por la ley estamos frente a una antijuridicidad; pero pueden darse estas afectaciones y no estar dentro de la antijuridicidad por existir algunas causas de justificación; y por lo tanto podríamos indicar que cuando medie una causa de justificación se está en presencia de Ausencia de antijuridicidad.

Sabemos que el ordenamiento legal no solo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos que permiten o autorizan la realización de un hecho que en un principio está prohibido; de esto también podríamos señalar que, para que se elimine la antijuridicidad se

requiere una expresa declaración legal que opere como Causas de Justificación, mismas que son definidas como "*aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica*"⁽¹⁷⁾.

De lo anterior decimos que las Causas de Justificación eliminatorias de antijuridicidad, no se dan en el ámbito supralegal; si no que deben estar señaladas expresamente en la ley.

Por lo tanto, el Código Penal del Estado de Guanajuato señala en su artículo 33 las Causas de Justificación en diversas fracciones y que son las siguientes: *Consentimiento del Sujeto Pasivo; Legítima Defensa; El Estado de Necesidad; el Cumplimiento de un Deber y el Ejercicio de un derecho*".

5.4 DIFERENCIA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION CON OTRAS EXIMENTES

Hemos señalado anteriormente que el delito es una Conducta típicamente antijurídica, imputable culpable y punible; estos son los aspectos positivos del delito, son los elementos esenciales, es decir que se tienen que confirmar para que una conducta sea considerada como delito; pero debemos de hacer notar que todos esos aspectos positivos del delito, que por cierto constituyen el objeto de estudio de la Teoría del Delito y que además son los elementos comunes a todos los delitos, tienen sus aspectos negativos cada uno de ellos. De tal manera que ante la presencia de algún aspecto negativo se elimina el correspondiente elemento positivo, lo cual significa que al faltar un elemento de definición no hay delito.

(17) IBIDEM. P.183.

Y es así que, dentro del ámbito penal en ocasiones se presentan algunas circunstancias que hacen que el delito no exista por ausencia de uno de sus elementos esenciales; por tanto, a estas circunstancias se les denomina "*Causas que excluyen la incriminación*" o "*Causas eximentes de responsabilidad*".

La ausencia de un elemento del delito, recibe su propia designación; así, se pueden enumerar la Ausencia de Conducta; Atipicidad; Causas de Justificación; Causas de Inimputabilidad; Causas de inculpabilidad, y Excusas Absolutorias; denominadas todas estas Excluyentes de Responsabilidad.

Así, en la Ausencia de Conducta, el movimiento corporal o la abstención, no se le puede calificar de "conducta" por carecer del elemento de la voluntad; habrá Atipicidad, cuando la conducta no reúna los elementos descritos en el tipo penal; en las Causas de Justificación, estas hacen que se elimine la antijuridicidad; en las Causas de Inimputabilidad, el sujeto actúa en un estado de perturbación de conciencia o no reúne las condiciones de edad o salud mental que la ley señala para atribuirle su conducta; en las Causas Inculpabilidad cuando tenemos el error y la coacción; y por último en las Excusas Absolutorias, estas hacen que se elimine la pena.

Por lo tanto, volviendo a las Causas de Justificación, estas eliminan la Antijuridicidad de la Conducta y recaen sobre la acción realizada, son objetivas porque están referidas al hecho y no al sujeto; además pertenecen a la realización externa. En cambio otras eximentes son de naturaleza subjetiva, ya que miran el aspecto personal del autor.

Por otra parte, la doctrina ha señalado otras eximentes de responsabilidad que No se encuentran expresamente destacadas en la ley, mismas que se les ha denominado como *Excluyentes Supralegales*, las cuales impiden la aparición de algún factor indispensable para que se configure el delito y que la propia ley no enuncia de manera específica

Por lo tanto, las Excluyentes Supralegales operan solamente cuando se trata de la eliminación de algunos elementos del delito, tales como la conducta, la imputabilidad y la culpabilidad. En cambio, tratándose de caracteres del delito como la tipicidad y la antijuridicidad, además de la punibilidad, estas excluyentes supralegales son inoperantes.

5.5 RAZON DE SER DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Debido al carácter formal y material de la Antijuridicidad, solo puede ser eliminada por una declaración expresada en la ley; esta exclusión de la antijuridicidad debe integrarse por los mismos elementos, es decir Formal y Material; esto aún cuando en el orden práctico baste la sola declaración de la ley para que se constituya o desaparezca la ilicitud de un acto.

Conocemos de antemano que el Orden Jurídico está compuesto de normas que son modelos de conducta o reglas de observancia obligatoria; la norma Jurídico Penal es igual que cualquier otra norma jurídica y difiere, y es diferente a estas porque en la norma jurídico penal su consecuencia es una pena. En virtud de lo anterior debemos decir que el orden jurídico penal se encuentra compuesto por normas jurídicas que prohíben realizar una conducta o que mandan realizar una conducta, pero no solo eso, sino que además existen normas establecidas por la propia ley penal que permiten que la ley misma sea violada, es decir, que son permisos para violar la ley pero generan licitud. Estos permisos, son

efectivamente las Causas de Justificación, que justifican la realización de una conducta típica y que generan licitud a haber obrado bajo amparo de alguna causa de justificación.

Estas causas de justificación que nulifican la antijuridicidad de la conducta típica, como lo hemos mencionado anteriormente son *el Consentimiento del sujeto pasivo, Legítima defensa, Estado de necesidad, el Cumplimiento de un deber y el Ejercicio de un derecho*; mismas que se encuentran establecidas en el artículo 33 del Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato.

5.6. CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO

Nuestro Código Penal de Guanajuato presenta en su artículo 33 fracción primera el Consentimiento del Ofendido como primera causa de justificación de la antijuridicidad, el cual consiste en que el hecho se justifica: *"cuando se cometa con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos que pueden disponer lícitamente los particulares"*.

Una vez obtenido la ubicación de ésta justificante, ampliaremos más al respecto en el capítulo correspondiente por tratarse del problema central del presente trabajo.

5.7 LA LEGITIMA DEFENSA

La Legítima Defensa como causa de justificación que excluye la antijuridicidad del delito, es regulado por nuestro Código Penal sustantivo en la fracción 11 del artículo 33, en la cual nos indica que: El hecho se justifica:

“Cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedir la”.

De esta fracción, se desprende que esta excluyente de la antijuridicidad tiene como elementos intrínsecos para la conformación de la Legítima Defensa a una *agresión* y a una *defensa*; esto significa que cuando exista una agresión injusta e ilícita en el momento presente o inmediato cuyo fin es lesionar o amenazar intereses jurídicamente protegidos, se puede obrar en defensa desarrollando necesaria y razonablemente una actividad o una reacción cuyo fin sea el de obstaculizar o impedir que los bienes jurídicos tutelados del propio sujeto o de otros se vean afectados.

Por otro lado, la defensa de los bienes jurídicos que pueden verse afectados, debe de llevarse a cabo en el momento mismo o antes de la agresión; ya que si esta ha sido ya consumada no se obraría en Legítima Defensa, sino en venganza privada, la cual está desaprobado por nuestra Constitución Política Mexicana en su artículo 17, el cual establece en su primer párrafo que *“Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.*

Por lo anterior, se observa que la conducta del Sujeto que se defiende necesaria y razonablemente, no se le puede considerar de antijurídica porque aparece frente a esta causa de justificación; mas sin embargo cuando la agresión se le pueda considerar como justa, la reacción del sujeto no puede quedar legitimada, y por lo tanto se estaría en una acción contraria a derecho o antijurídica.

5.8 EL ESTADO DE NECESIDAD

Siguiendo con el estudio de las Causas de Justificación, nos hayamos ahora con la Excluyente de Antijuridicidad denominada *Estado de Necesidad* que es regulada en el artículo 33 fracción tercera del Código Penal de Guanajuato el cual nos menciona que, el hecho se justifica: *Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno se lesionara otro bien para evitar un mal mayor siempre que ocurran los siguientes requisitos:*

- a) *Que el peligro sea actual o inminente*
- b) *Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;*
- c) *Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial*
- d) *No operara esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.*

Cabe hacer mención que una de las características fundamentales del Estado de Necesidad radica en el sacrificio de un bien jurídico con el objeto de librarse de una situación de peligro para otro bien, no proveniente de una agresión injusta. Es decir, el peligro creado para un bien jurídico propio u ajeno, no deriva de un tercero voluntariamente situado en un estado de ilegalidad; sino que el peligro proviene de elementos naturales o de conductas lícitas de terceros. Dicho de otro modo, el Estado de Necesidad es una situación de peligro para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante violación de otro bien jurídico⁽¹⁸⁾.

(18) **IBIDEM.** p. 203

Se puede mencionar además que el sacrificio o menoscabo del bien jurídico se puede justificar cuando se requiere la necesidad de salvaguardar un bien mayor, lo cual significa que resulta indispensable que sea de mayor importancia el interés jurídico que se pone a salvo que el sacrificado; ya que si no es de esta manera, es decir si se sacrifica un bien de igual o mayor jerarquía que aquel que se protege, no se puede encontrar en esta justificación.

Por otra parte, el peligro debe de tener como elemento la actualidad o la inminencia, ya que si carece de este elemento la afectación al bien jurídico no puede justificarse por no existir necesidad de afectación, y en tal caso, podía evitarse el peligro sin la necesidad de sacrificar el bien.

También vemos que cuando el titular del bien protegido provoca dolosamente un peligro a un bien que se protege, inmediatamente elimina el fundamento de la necesidad, toda vez que el sujeto buscaba, quería o consentía la situación de peligro para un bien jurídico propio u ajeno.

Además, otro requisito del Estado de Necesidad es que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, ya que si se emplean medios más lesivos o que causen mayor daño que otros de igual modo utilizables rebasaría los límites de la necesidad, y al rebasar estos límites se caería en el exceso.

Por último, el Estado de Necesidad no operará en los delitos que se deriven por no cumplir con las obligaciones del sujeto; es decir cuando su responsabilidad sea el deber legal de afrontar el peligro. Por lo anterior, hace que se elimine la justificación por el sólo hecho de haberse

comprometido en la situación que da vida a su deber, y por lo tanto se impone al sujeto la necesidad forzosa de hacer frente al peligro.

Para concluir, cabe hacer mención en la diferencia que estriba o se tiene entre el Estado de Necesidad y la Legítima Defensa. Por consiguiente, su diferencia radica específicamente en que el Estado de Necesidad la lesión es sobre un bien de una persona inocente, mientras que en la Legítima Defensa recae sobre un bien de un injusto agresor.

5.9 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO

Para concluir con las Causas de Justificación de la Antijuridicidad que hemos venido estudiando y que además señala nuestro Código Penal de Guanajuato en el artículo 33, nos muestra en su fracción IV otra manera de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Por consiguiente, esta fracción nos indica que el hecho se justifica: *Cuando se obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio de un legítimo derecho.*

De lo anterior se desprende que el cumplimiento de un deber, debe de traducirse en actos cuya licitud esté enmarcada en la ley, ya que si no es de esta manera, la conducta no puede justificarse y caería en el ámbito del exceso; o el sujeto creería por error que su conducta es justificada. De lo anterior mencionado, para que el sujeto pueda ser considerado exento de pena por obedecer una orden superior pero que lesiona injustamente un derecho, es necesario que el subordinado crea erróneamente que se le manda un acto justo (sexta época, segunda parte, Volumen V, pág. 49, Amparo Directo 2483/ 57 Ibarra Orona, relacionada a tesis 201 visible a fojas 418 del apéndice citado).

Por otra parte, el ejercicio de un derecho se reglamenta precisando que debe de ser legitimo. Vemos que los derechos no siempre emanan de la ley penal, sino que también de otras instituciones juridicas. Por eso corresponderá al juzgador precisar si el deber o el derecho son legales o legítimos, acudiendo no solamente al ordenamiento penal sino al total orden jurídico.

CAPITULO VI
LA CULPABILIDAD Y LA
INCULPABILIDAD

6.1 TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CULPABILIDAD Y NOCION DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad ha sido estudiada por la dogmática penal en base a dos teorías mismas que son: *la Teoría Psicologista* que fue desarrollada en la Escuela Clásica cuyo iniciador fue Franz Von Liszt; y la *Teoría Normativa*, desarrollada dentro de la Escuela Neoclásica y aludida a Reinhart Von Frank.

Ahora bien, respecto de la Teoría Psicológica, Liszt señalaba al delito como acción antijurídica y culpable, y distingue en esta su definición del delito una parte objetiva y otra subjetiva; es decir, fracciona su definición de delito en donde a la antijuridicidad la consideraba Objetiva (factor externo) y la culpabilidad como Subjetiva.

Por lo tanto, Liszt indicaba que la culpabilidad era *la relación subjetiva entre el autor y su hecho* señalando que dicha relación subjetiva entre el hecho y el autor solo puede ser de manera psicológica.

Dentro de esta Doctrina Clásica o Psicológica de la Culpabilidad se tiene como *elementos*: a la imputabilidad como presupuesto y, el dolo y la culpa como especies de culpabilidad; y por lo tanto, dentro de este sistema clásico para considerar culpable a un sujeto, bastaba con que fuera imputable y que hubiera actuado con dolo y culpa.

Por otro lado, la Concepción Normativa o Teoría Normativista, cuyo iniciador era Reinhart Von Frank, la Culpabilidad se establece o reside en *una relación de contradicción entre la voluntad del sujeto y una norma jurídica*. Es decir, que el sujeto además de relacionarse

psicológicamente con el resultado, también se relaciona con la norma jurídica.

Por lo anterior, el sujeto al relacionarse con la norma y al no observar la conducta que la norma le exige, se le finca un Juicio de Reproche. Es decir este juicio de reprochabilidad es el fundamento de la culpabilidad, y este juicio surge por una parte, de una conducta que pudo haber evitado y, por otro lado de un elemento normativo que exigía el comportamiento conforme a derecho.

Ahora bien, la culpabilidad dentro de la Teoría normativista se estructura con la Imputabilidad, Dolo, Culpa y la Exigibilidad, todos como elementos.

Por otra parte, hablamos dicho que la aptitud de entender, querer y comprender por parte del sujeto imputable constituye el presupuesto de la culpabilidad, y la culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal.

Entre tanto si seguimos un proceso de referencia lógica decimos que una conducta para que se considere delito no únicamente debe de ser típica y antijurídica sino además culpable, y la culpabilidad como elemento subjetivo del delito es entendido por Fernando Castellanos como *“el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”*.⁽¹⁹⁾

(19) IBIDEM. p.234.

6.2 FORMAS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad, está revestida de varias formas; de tal manera que cuando un sujeto está consciente para la ejecución de un hecho tipificado en la ley como delito, se dice que obra con dolo; o también cuando cause igual resultado ya sea por su negligencia o imprudencia sin ninguna precaución, se dice que obra con culpa; y por último se obra con preterintención si el resultado va más allá de lo querido por el agente.

En virtud de lo anterior, la dogmática nos señala que las formas en que puede darse la culpabilidad son de manera dolosa y culposa; sin embargo, nuestro ordenamiento penal de Guanajuato en su artículo 40 señala a la preterintencionalidad como tercera forma de culpabilidad.

6.3 EL DOLO Y SUS ELEMENTOS.

El dolo como primera forma de la culpabilidad puede conceptuarse como *la voluntad encaminada a la ejecución de una acción señalada como delito*. Por lo tanto y en función de lo anterior, podemos decir prácticamente que el dolo suele aparecer cuando se quiere la conducta y además se quiere el resultado.

Ahora bien, en cuanto a los elementos que integran el dolo, aparece un elemento *ético* y otro *volitivo o emocional*. En cuanto al elemento ético, este está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber; y por otra parte, el elemento volitivo o emocional se traduce en el "querer" el resultado.

6.4 ESPECIES DE DOLO

El Dolo como elemento de la Culpabilidad ha sido clasificado de muy diversas maneras; sin embargo, entre las especies de Dolo de más relevancia encontramos al *Dolo Directo*, - *Dolo Indirecto*; *Dolo Indeterminado* y *Dolo Eventual*

- ❖ *El Dolo Directo* es aquel en la cual la voluntad va encaminada a producir el resultado penalmente tipificado.
- ❖ *El Dolo Indirecto* se presenta cuando el sujeto se propone un fin, teniendo la certeza de que surgirán otros resultados delictuosos los cuales no son objeto de su voluntad.
- ❖ *El Dolo Indeterminado* es aquel en donde un sujeto tiene toda la intención de delinquir sin proponerse concretamente un resultado; y
- ❖ *El Dolo Eventual* aparece cuando se persigue un resultado delictivo previendo la posibilidad de que puedan ocurrir otros resultados.

Ahora bien, cabe hacer mención en la diferencia que estriba entre el Dolo Indirecto y el Dolo Eventual misma que radica en que el *dolo indirecto* se caracteriza por que existe la "certeza o seguridad" de la aparición de otro resultado no querido por el sujeto; en tanto en el *Dolo Eventual* , este se caracteriza porque aparte de que se desea el resultado, "existe la posibilidad" de que surjan otros resultados no queridos directamente.

6.5 LA CULPA Y SUS ELEMENTOS

Anteriormente dijimos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Código Penal de Guanajuato, la culpabilidad puede darse en forma: dolosa, culposa y preterintencional. Por lo tanto decimos que en ausencia de dolo y culpa no hay culpabilidad, y sin culpabilidad el delito no se integra.

Ahora bien, nuestro ordenamiento penal de Guanajuato señala en su artículo 42 que *"obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá."*

En virtud de lo anterior podemos decir en pocas palabras que obra con culpa quien actúa sin observar el cuidado debido y necesario causando un daño que la ley prevé como delito.

Por otra parte, se dice que para que se lleve a cabo o exista la culpa, es necesario que se tengan presentes ciertos elementos como sería *un actuar voluntario*, ya que para la existencia del delito se requiere necesariamente una conducta humana; como segundo elemento es que ese actuar voluntario se efectúe *sin las debidas precauciones*; un tercer elemento es que el resultado pueda ser *previsible y evitable* y tipificarse penalmente; y por último un cuarto elemento es la *relación de causalidad* entre el actuar voluntariamente y el resultado no querido (sí el resultado es querido o aceptado existirá dolo).

6.6 CLASES DE CULPA.

Dos son las principales especies de culpa, mismas que son: *La Culpa Consciente con Previsión o Representación*, y *la Culpa Inconsciente sin Previsión o sin Representación*.

Por lo que concierne en la *Culpa Consciente con Previsión o Representación* existe cuando el agente ha previsto el resultado como posible, pero no desea el resultado teniendo la esperanza de que no sucederá. Además cabe hacer la observación en la diferencia que estriba

entre la Culpa Consciente y el Dolo Eventual, misma que radica en que la culpa consciente no se quiere el resultado teniendo la esperanza de que no se producirá el mismo; en tanto que el dolo eventual, el agente prevé que suceda el resultado.

Por otro lado, en cuanto a la *Culpa Inconsciente sin Previsión o sin Representación* aparece cuando el sujeto no prevé un resultado previsible. Es decir, existe voluntad de la conducta causal pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

6.7 LA PRETERINTENCION

Podemos señalar a la Preterintención, que éste elemento de la culpabilidad inicia con el dolo y al producirse el resultado existe culpa, provocando que el resultado vaya más allá de lo que quiere el agente.

Por lo tanto, la preterintención es el resultado típico que rebasa a la intención del sujeto.

Ahora bien, nuestro ordenamiento penal de Guanajuato nos menciona en su artículo 43 que *obra con preterintención quien causa un resultado mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce culposamente.*

6.8 LA INCULPABILIDAD

Se había dicho anteriormente que la imputabilidad es un presupuesto necesario de la culpabilidad; y también, para que un sujeto sea culpable es indispensable que sea imputable; es decir que tenga capacidad de entender, querer y comprender el ilícito del hecho.

Sin embargo puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no culpabilidad sin imputabilidad.

Sabemos que la imputabilidad requiere un mínimo de edad y salud mentales, y la salud mental se enfoca o se refiere a un obrar con conocimiento y voluntad, pero faltando el conocimiento o voluntad o ambos, no existirá culpabilidad, presentándose por consiguiente el caso de la inculpabilidad que no es otra cosa que el elemento negativo de la culpabilidad. También sabemos que la integración del delito, exige que una conducta sea típica y antijurídica, sin embargo, si hay ausencia de alguno de estos elementos esenciales del delito se presentaría el caso de inculpabilidad.

En otro orden de ideas, es necesario hacer mención de la diferencia que existe entre Inimputabilidad y la Inculpabilidad misma que radica en que el inimputable, es psicológicamente incapaz; en cambio el inculpable si es completamente capaz, pero este ha obrado a su favor alguna causa que excluye la culpabilidad, tal y como podría ser el error o la coacción sobre la voluntad.

Entre tanto Jiménez de Asúa expresa que la inculpabilidad consiste en la *absolución del juicio de reproche*.⁽²⁰⁾ Ahora bien, para que un sujeto sea culpable, es necesario que su conducta típica y antijurídica se haya manifestado con conocimiento y con voluntad, refiriéndose la inculpabilidad a los elementos intelectual o volitivo.

(20) JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Supra (2) p. 148.

Por eso decimos, que toda causa que elimine el conocimiento o la voluntad, excluye la culpabilidad; es decir, se presenta un caso de inculpabilidad. Por consiguiente, las causas de inculpabilidad se presentan en el *error* que elimina el aspecto intelectual y la *coacción* elimina la voluntad o elemento volitivo.

6.9 CAUSAS DE INCULPABILIDAD

A) EL ERROR Y SUS CLASES

Siguiendo con el estudio de la inculpabilidad, diremos ahora que las causas de inculpabilidad se presentan cuando aparece el *error* referido éste al elemento intelectual y a la *coacción* sobre la voluntad, que se refiere al elemento volitivo.

Ahora bien, en cuanto al Error, diremos que este es *una falsa creencia de la realidad*, y cuando estamos en el error, no tenemos el conocimiento real o verdadero, ya que el conocimiento es la relación entre el sujeto cognocente y el objeto conocido. En cambio, si nuestro conocimiento concuerda con la realidad, estamos frente a la presencia de un conocimiento verdadero, dicho en una sola palabra estamos frente a la verdad. Por otra parte, podemos señalar que el error se divide en *Error de Hecho* y en *Error de Derecho*.

El Error de Hecho es una falsa apreciación de la realidad mismo que se divide en *Error Esencial* y en *Error Accidental*. Por consiguiente, *el error de hecho esencial* puede ser de dos maneras: primeramente de manera *Invencible* mismo que se presenta cuando el sujeto no tiene la posibilidad de evadir el error; y en segundo término el *vencible* que es cuando el sujeto si tiene la posibilidad de evadir el error. Además el error de hecho esencial invencible hace que se elimine el dolo y también la culpa; en tanto, el error de hecho esencial vencible, elimina

únicamente el dolo dejando subsistente la culpa. Por lo Tanto cabría señalar que la única clase de error que presenta carácter de eximente es el *error de hecho esencial invencible*.

Por lo que respecta al *Error de Hecho Accidental*, este no tiene efectos de eximente, pues se dice que el error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho. Esta clase de error puede ser de tres maneras.

- I. *Aberratio Ictus* (Error en el Golpe) aparece cuando el resultado no es el deseado, obteniendo otro equivalente al que se pretendía obtener.
- II. *Aberratio In Persona* (Error en la Persona) este se presenta cuando aparece el error sobre la persona objeto del delito.
- III. *Aberratio Delicti* (Error en el Delito) este se da cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado. O dicho de otra manera, hay Error en el Delito cuando el sujeto cree estar llevando a cabo delito, pero realmente está cometiendo otro.

Ahora bien, y por otra parte, el *Error de Derecho*, no se presenta como eximente de responsabilidad, traducido esta clase de error en la ignorancia de la ley misma que no justifica ni autoriza su violación. El artículo 10 del Código Penal de Guanajuato nos dice claramente que *a nadie servirá de excusa la ignorancia de la ley penal*.

B)LA COACCION

Recordando lo anotado en el inciso anterior, las causas de inculpabilidad se presentan cuando existe el error y la coacción sobre la voluntad. Ahora diremos en lo referente a la Coacción, esta eximente afecta el elemento volitivo o voluntad que se traduce en el querer. La Coacción es el uso de la fuerza física o moral. Por eso cuando se ejerce

violencia ya sea física o moral sobre un sujeto para que lleve a cabo determinada conducta que se considere delictuosa se dice que el sujeto ha sido obligado presentándose entonces la coacción.

CAPITULO VII
LA IMPUTABILIDAD Y LA
INIMPUTABILIDAD

7.1 NOCION DE IMPUTABILIDAD

Hemos reiterado en varias ocasiones que el delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible; definición que recoge nuestro código penal de Guanajuato inspirada en la dogmática penal alemana, pero con la salvedad que nuestro código a agregado a la imputabilidad y a la punibilidad como elementos del delito.

Igualmente señalamos que de la definición anterior se consideran dos clases de elementos: los *elementos objetivos* como lo son la conducta, tipicidad y antijuridicidad, mismos que se desarrollan fuera del sujeto, y los *elementos subjetivos* que son la imputabilidad y la culpabilidad, siendo estos últimos los que estan referidos a la valoración del sujeto en su intelecto.

Ahora bien, una vez tenido bien presente estos elementos del delito, y una vez estudiado en los capítulos anteriores los elementos objetivos del mismo, nos enfocaremos ahora al estudio del primer elemento subjetivo que es la imputabilidad.

Cardona Arizmendi, trata este elemento de imputabilidad interpretando a contrario sensu lo que dispone el artículo 35 del Código Penal de Guanajuato párrafo primero, el cual indica que *"no es imputable quien en el momento del hecho, y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, atentas las peculiaridades de su personalidad y las circunstancias específicas de su comportamiento, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión"*.

De esto anterior, Cardona Arizmendi apunta que la ley penal de Guanajuato, entiende por imputable, a *todo aquel que en el momento del hecho tiene capacidad de comprender el carácter ilícito del mismo y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión*. Por lo tanto, la imputabilidad la expone señalando que no es otra cosa más que *la capacidad del sujeto para "responder" de sus actos ante el derecho penal*. A raíz de lo anterior, el comprender los mandatos y prohibiciones que marcan las leyes penales, no significa que el sujeto conozca que su conducta está encuadrada en un tipo penal, sino que basta simplemente que el sujeto tenga conciencia de la ilicitud de su proceder. Además, sino existe la facultad de autodeterminación aunque el sujeto conozca la ilicitud de su conducta, no podrá cumplirse el fin de la pena, como sucede en el caso donde el sujeto que comprende los mandatos y prohibiciones del orden jurídico, viola una norma legal por alguna compulsión patológica.

7.2 LA IMPUTABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD

En otro orden de ideas observamos que si la imputabilidad es capacidad de obrar con sentido común o discernimiento, voluntad, comprensión y capacidad por lo tanto de sujetarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente, su consecuencia inmediata es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de sus propios actos. Ahora bien, la aptitud de entender, querer y comprender por parte del sujeto imputable constituye el presupuesto de la culpabilidad; y la culpabilidad es el nexo intelectual que liga al sujeto con el acto. Por lo tanto, la responsabilidad es *"el deber jurídico u obligación en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado"*.⁽²¹⁾

(21) CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. Supra. (19) p.219

7.3 LA INIMPUTABILIDAD Y LAS ACCIONES LIBERAE IN CAUSA.

Conocemos que, al igual que todos los elementos del delito que hemos venido estudiando, la imputabilidad tiene su aspecto negativo, el cual se denomina inimputabilidad; y como sabemos, que en presencia de ella se destruye el delito.

Además podemos decir que la imputabilidad para que sea eximente de responsabilidad debe de presentarse en el momento mismo en el que se lleva a cabo el hecho.

Ahora bien, el Código Penal de Guanajuato, nos señala en su artículo 35 las causas de inimputabilidad, las cuales son:

- I. La enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia;
- II. El desarrollo psíquico incompleto o retardado; y
- III. La grave perturbación de la conciencia sin base patológica

Igualmente, el ordenamiento penal antes citado indica en su artículo 39 que *no es imputable quien en el momento del hecho sea menor de diez y seis años*. Esto porque según el sentir del legislador a esta edad no se tiene la capacidad de querer, entender y comprender la ilicitud del hecho.

Por último, otra causa de inimputabilidad es cuando la perturbación grave de la conciencia es ocasionada por haber ingerido bebidas alcohólicas o también por la utilización de alguna droga que, por ingestión involuntaria o por error el sujeto presenta un estado de perturbación; siendo esto último una *acción liberae in causa*.

CAPITULO VIII
EL CONSENTIMIENTO DEL
OFENDIDO COMO CAUSA DE
JUSTIFICACION

8.1 AUSENCIA DE INTERES Y CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO.

Dentro de este principio de Ausencia de Interés, normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para que se elimine la antijuridicidad de una conducta, porque la conducta ilícita o delito no solamente afecta intereses individuales, sino también intereses sociales o colectivos; por lo anterior, se puede decir, que no está en los individuos autorizado renunciar a tales intereses y por eso no se puede afirmar que el consentimiento sea suficiente para desaparecer la antijuridicidad de un acto típico.

"Solo cuando el interés social consista en amparar un interés privado que pueda disponer su beneficiario; cuando el individuo es titular del interés protegido y que pueda renunciarlo válidamente; cuando la tutela recaiga sobre el ejercicio de una libertad de manera que el consentimiento de las partes signifique el ejercicio aprovechamiento del bien protegido y no su desconocimiento; o cuando la ley declara ilícita la ejecución de un acto sin el consentimiento del sujeto pasivo; podríamos afirmar que el consentimiento constituye una excluyente de la antijuridicidad ⁽²²⁾.

En estos casos anteriores, al otorgarse el consentimiento, significa que está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

(22) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 2ª., ed., Edi. Porrúa. México, 1960. p. 343.

Como se observa en este principio de Ausencia de Interés es muy notorio que se presente el término de *Consentimiento*, el cual es un elemento que aparece en el total orden jurídico, mismo que se observa como sinónimo de aprobación. Sin embargo, etimológicamente la palabra Consentimiento proviene del latín *consentire* cuyo significado tiene varias acepciones tales como permitir, tolerar, admitir; y como vemos este concepto si nos ayuda para poder dar una amplia definición. Por consiguiente, al Consentimiento se le ha definido como el *acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal*

Visto el concepto de consentimiento, nos damos cuenta de que nace en el instante en el que se produce o se manifiestan las voluntades de las partes que intervienen en la relación que se forma, o sea, cuando coinciden entre si las voluntades individuales de cada uno de los interesados.

8.2 NATURALEZA JURIDICA DEL CONSENTIMIENTO

Con el principio romano aportado por Ulpiano *violenti non fit injuria* (no se causa injuria a quien consiente de ella) Maggiore señala que "un hecho que, según el modelo legal seria delito, deja de serlo por el simple consentimiento del titular del Derecho violado o expuesto a peligro" ⁽²³⁾

(23) MAGGIORE, Gussepe. Derecho Penal, Tomo 1. 5ª., ed. Edi. Temis, Bogotá Colombia; 1971, p. 432.

Como se observa, la justificación jurídica de esta afirmación se encuentra en la excepción a la regla general de la tutela de los bienes jurídicos. En estos casos surge, como excepción, una estimación que el Estado cree conveniente realizar basada en valoraciones éticas, el que se legitime la afectación o la puesta en peligro de ciertos intereses jurídicos cuando exista una voluntad manifestada por el titular de los intereses.

Se conoce de antemano que lo que el sistema jurídico protege, debe de ser respetado por todos y en todo momento, ya que si no es de esta manera se presentará la consecuencia que la ley haya asociado con el incumplimiento del deber de respetar la tutela; sin embargo, algunos intereses pueden ser de más importancia para el sujeto en lo individual, que para el Estado como conjunto, de donde resulta que si el titular de un interés en lo individual consciente que se le afecte, el interés que tutela el Estado no supera al del sujeto o del particular interesado. Lo anterior, solo opera en forma de excepción, pero la naturaleza del bien jurídico según se trate indicará la distinción para que se determine si el interés protegido es superior para el individuo o lo es para el Estado.

La conducta que se lleva a cabo afectando a un bien jurídico protegido es en un principio antijurídica por ser típica; sin embargo cuando el titular de ese bien se ha desinteresado en esa tutela y acepta ese desinterés, la conducta que en un principio es antijurídica se convierte, por ese solo hecho en excluyente de antijuridicidad aún existiendo la tipicidad en la cual ya no puede existir de base para que la conducta típica sea antijurídica.

De lo anterior, existe una situación en donde Hanz Welzel indica que el consentimiento "es el acuerdo con el hecho; conteniendo la renuncia a la protección jurídica,"⁽²⁴⁾ siempre y cuando se reúnan los requisitos necesarios para que opere el consentimiento como causa de justificación de la antijuridicidad.

8.3 CONDICIONES PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO

Habíamos mencionado con anterioridad que cuando se trata de bienes que interesan más al individuo y éste está de acuerdo en renunciar a la tutela del Derecho, no podrá aparecer la antijuridicidad en la conducta típica; sin embargo, cuando se trata de bienes superiores para el Estado, el consentimiento carece de relevancia como causa legitimadora de las conductas típicas. De esto se desprende que el consentimiento para que opere de manera legítima, quede supeditada a una serie de requisitos o condiciones que a continuación se mencionan:

- I. Que lo otorgue el titular del bien afectado o sujeto pasivo, o también podría decirse que sea la persona afectada por la conducta típica; ahora bien, si son varios los titulares del derecho, se requiere que exista el consentimiento de todos los sujetos.
- II. Quien otorgue el consentimiento tenga la suficiente capacidad de discernimiento y conocimiento de las consecuencias además de las circunstancias según sea cada caso particular. Por lo tanto, el consentimiento sería irrelevante cuando los sujetos carezcan de la capacidad de juicio, o facultad de entender y querer debido a ciertas enfermedades de la mente y estados de deficiencia psíquica temporal o estado de embriaguez.

(24) WELZEL, Hans. Derecho Penal, Parte General. 4ª., ed., Castellana. Edi. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1993. p.115.

- III. Que el consentimiento sea otorgado con el conocimiento real de la situación y sea expresado en forma libre, además que el titular tenga pleno y absoluto conocimiento de las circunstancias.
- IV. Que la voluntad del sujeto que otorga el Consentimiento pueda manifestarse en forma expresa o tácita; y de manera libre como se indicó en el punto anterior. De tal manera que cuando el titular del interés tutelado ha manifestado su renuncia de manera expresa ya sea verbalmente, por escrito o por signos inequívocos o de manera tácita siendo esta por hechos o actos que lo presupongan o lo autoricen a presumirlo, no podrá haber declaración de antijuridicidad respecto de la conducta típica que afecta al bien jurídico. En síntesis, se puede decir que son validas todas las formas de expresar el consentimiento, ya sean reconocidas por la ley o por la costumbre.

Por otra parte podríamos mencionar que es irrelevante para efectos de la antijuridicidad que quien lesiona, en este caso el sujeto activo, sepa o ignore la existencia del consentimiento. Y para que se pueda tener eficacia plena basta únicamente la manifestación de la voluntad del titular del derecho.

Por último es necesario que el consentimiento corresponda a una voluntad libremente aceptada, esto se traduce en que para que el consentimiento sea eficaz no deben de existir vicios que puedan afectar la libre expresión desde el punto de vista psicológico, es decir por medio del error, el engaño y la violencia.

8.4 CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO TUTELADO

El bien jurídico ha sido parte fundamental para el derecho penal en donde los grandes dogmáticos lo han colocado en la Teoría del Delito

considerándolo como la columna vertebral de la misma. De tal manera, el término de Bien Jurídico aparece en las primeras décadas del siglo pasado donde BIRNBAUM contribuye a la creación de un nuevo concepto en la teoría del delito, misma que basó fundamentalmente en descubrir qué es lo que en verdad se lesiona con una acción delictiva. Esto produjo a que Birnbaum analizara la estructura del delito e indicaba que éste viene en una ley aparejada de una pena que amenaza una acción, y al final es donde se encuentra el hecho. Igualmente se cuestionó lo que en verdad "la acción lesiva" lesiona, esto de acuerdo con la naturaleza de las cosas y al respecto indicó que las acciones delictivas no lesionan derechos sino bienes.

Por lo anterior Birnbaum emplea por primera vez el término *bien* simplemente porque quería que los valores morales y religiosos quedaran protegidos a través del Derecho penal. De lo anterior, se observa que es de ésta manera como surge este concepto considerándose por lo tanto a Birnbaum como el padre del concepto de Bien Jurídico.

Por otra parte y en función de lo anterior hubo autores que llevaron a cabo una elaboración de la teoría del Bien Jurídico, destacándose entre otros a BINDING y a FRANZ VON LISZT.

Por lo que respecta al orden de elaboración, Binding señalaba que el objeto del delito era el Derecho Subjetivo del Estado, siendo este el que quedaba lesionado cuando se cometía el ilícito; y por lo tanto indicaba que esto era una lesión a un bien jurídico. Igualmente rechazaba el aspecto de lo social diciendo que un bien jurídico debía de ser creación única y exclusivamente del legislador y a este respecto decía que un Bien Jurídico *era todo lo que ante los ojos del legislador tuviera valor para mantener el orden jurídico y la conservación de la*

tranquilidad que debiera de ser protegida por la norma. Por lo anterior Binding señalaba que el legislador era quien debía establecer qué cosas, personas y situaciones deben de reconocerse como condiciones para ser reconocidas como Bienes Jurídicos.

FRANZ VON LISZT estudió el objeto del delito desde un punto de vista más allá de lo jurídico, es decir lo captó desde el ámbito de lo social. Para esto enfocó su estudio del Bien Jurídico desde un aspecto naturalístico-positivo; es decir, señaló que el delito tenía un doble panorama: por un lado, dijo que el delito tiene la misión de señalar, en contra del autor del hecho, el precepto legal a aplicarse; y por otro lado, desde la idea de las ciencias naturales, cuya misión era determinar la relación de causa-efecto o causalidad de la criminalidad. Vinculó además en esta teoría el fin de las sanciones penales que consistía en dar la suficiente seguridad cuando se pusiera en peligro o se lesionaran aquellas condiciones de vida para la comunidad y que en consecuencia, serían elevadas a la categoría de bienes jurídicos.

En otro orden de ideas, Liszt mencionó que el Bien Jurídico no es un bien del Derecho como lo suponía Binding, sino que era un bien del ser humano reconocido y protegido por el Derecho. Agregaba además que el orden jurídico no crea el interés sino lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a Bien Jurídico.

Por ello mencionó a los bienes jurídicos en general, los intereses protegidos por el derecho y de manera particular llamó al Bien Jurídico como el interés jurídicamente protegido.

Por otra parte sabemos de antemano que un bien antes de ser jurídico es un interés vital del ser humano. Interés que se traduce en la

valoración por parte del sujeto, de la aptitud de un bien para satisfacer una necesidad. Por eso es necesario que el Bien Jurídico que se protege tenga los intereses generalmente apreciados por la mayoría de la población que siente la necesidad de que se les proteja; de lo contrario, no sería propiamente Bien Jurídico. De esto resulta necesario mencionar que esta teoría del Bien Jurídico pretende dar a entender cuál es el Bien Jurídico que se protege en cada delito para dar contenido a la tipicidad y a la antijuridicidad.

En función de lo anterior, y respecto a la tipicidad, se observa que en la creación e interpretación de los tipos penales se trata de proteger valores éticos y además valores que se considera deben de operar dentro de nuestra sociedad siempre que sean fundamentales para un ordenado y armónico desarrollo en la vida de la comunidad.

Por ello el legislador debe conocer, orientar y tratar de conducir el buen desarrollo del orden social, y para esto debe de conocer la concepción popular tanto para corregirla como para reorientarla. La concepción popular está llena de valores que se manifiestan dentro de las ideas que se establecen en un plano de costumbres, mismas que se pueden considerar por algunos como valores ideales inmutables y que llegan a plasmarse en el ordenamiento jurídico al ser recogidas por el legislador.

Por todo lo anterior expuesto podemos decir ampliamente que el Bien Jurídico Tutelado *es el interés social jurídicamente protegido.*

8.5 BIENES JURÍDICOS A DISPOSICION DEL SUJETO PASIVO PARA QUE OBRE EL CONSENTIMIENTO COMO EXCLUYENTE DE ANTIJURIDICIDAD.

La esfera de validez del consentimiento como causa de justificación de la antijuridicidad se encuentra establecido en el artículo 33 fracción primera de nuestro ordenamiento penal de Guanajuato, el cual nos dice que el hecho se justifica: *"cuando se comete con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que puede disponer lícitamente los particulares, "* y de esta fracción se debe distinguir los bienes jurídicos o intereses que en realidad son disponibles para que se pueda admitir la eficacia del consentimiento.

Anteriormente señalamos que un bien antes de ser jurídico es un interés vital del ser humano. Interés que se traduce en la valoración por parte de los sujetos de una colectividad y que se convierten a la vez en normas de cultura; siendo estas mismas, valores que la sociedad ha creado para vivir de manera armónica dentro de la colectividad. En tanto estas normas de cultura o valores de las que hablaba Ernesto V. Mayer y recogidas por el legislador y elevadas al rango de Bienes Jurídicos Tutelados, imponiéndoles además el deber de respeto por medio de la norma jurídica penal.

De tal modo, existen ciertos intereses que la ley penal reconoce al particular para el desarrollo de sus actividades sociales encaminadas a satisfacer necesidades que superan el ámbito de lo individual; y si son afectados estos intereses o quien queda ofendido directamente con la violación de estos intereses es la colectividad en general, como es el Estado, la sociedad o el sujeto en lo particular.

En base en lo anterior, es posible pensar que no es válido el consentimiento en todos los delitos que afectan inmediatamente un interés del Estado, o un interés colectivo, o un interés particular que el Estado protege para que un individuo pueda desarrollar su actividad social.

Pero sin embargo, dentro de la Dogmática Penal y dentro de nuestra ley penal sustantivo queda establecido como se dijo anteriormente que el consentimiento del sujeto pasivo en algunos casos surte efectos de Causa de Justificación eliminando la antijuridicidad de la conducta típica en relación a los Bienes Jurídicos Tutelados que se encuentran a disposición del sujeto pasivo. No obstante ello y a pesar de que se establece el consentimiento en dichos efectos en la fracción primera del artículo 33 del código penal, nuestra ley no distingue cuáles son los bienes jurídicos que se encuentran a disposición del pasivo para que con su consentimiento válido la conducta típica se justifique y en esto consiste precisamente el "quid" de esta tesis profesional que no es otra cosa que determinar o tratar de determinar qué bienes jurídicos se encuentran a disposición del sujeto pasivo.

Para determinarlos, cabe recordar que el consentimiento deberá llevarse a cabo de acuerdo a los requisitos expuestos anteriormente; y además que ese consentimiento para que asuma su validez no deberá ser contrario a la ley y a las buenas costumbres.

Por lo tanto, los Bienes Jurídicos o Intereses que pueden disponer lícitamente los particulares para que se de el consentimiento como Causa de Justificación de la Antijuridicidad entre otros tenemos a la Salud Personal y también la Integridad Corporal.

Ahora bien, surge una gran discusión con respecto del Bien Jurídico que tutela a la vida; éste como sabemos es un bien que no está a disposición del sujeto por tratarse de un Bien Jurídico primordial al que todos tenemos derecho a tener y más no a disponer; es decir, que como seres humanos tenemos derecho a la vida y no derecho sobre la vida.

Sin embargo, este bien jurídico al ser expuesto en ciertas actividades lícitas como lo es en el ejercicio del deporte, puede verse afectado y no considerarse una conducta ilícita por parte de la persona que afecta dicho bien por hallarse bajo una justificante, una actividad lícita o igualmente en el cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

Retomando lo anterior, los bienes jurídicos que posee el sujeto pasivo y hacen posible el consentimiento como justificante de antijuridicidad son La Salud Personal, Integridad Corporal y en algunos casos la Vida cuando las conductas sean producidas dentro de las lesiones deportivas; o también se deriven de las operaciones médicoquirúrgico con fin curativo y las operaciones médicoquirúrgico con fin estético, sanitario, de diagnóstico y de planificación.

A) LESIONES EN EL DEPORTE.

Dentro de este ámbito se observa que el ejercicio del deporte es un fenómeno social que se desempeña en la totalidad de los países del mundo constituyéndose así una actividad lícita que se fundamenta por varias razones; es decir, que el deporte es una actividad admitida, protegida y recogida para beneficio de la colectividad; también es una actividad reconocida como ya se expuso, en el ámbito internacional y puesta en práctica mediante torneos entre representantes de varios países y reglamentada a nivel nacional e internacional.

Además entre otras razones por la que se fundamenta o se lleva acabo el ejercicio del deporte, es que constituye una actividad lícita, consentida y fomentada por el Estado, reconociendo éste a todo aquel deporte que se halle debidamente organizado y reglamentado.

Por otra parte es visto que en esta actividad, existen algunos deportes en donde suele presentarse un "*contacto físico o de roce*" entre los contendientes quedando así en riesgo su Integridad Corporal y su Salud Personal, siendo por lo tanto estos últimos bienes jurídicos que dispone el sujeto en lo particular al llevar acabo un deporte caracterizado por el contacto físico o roce.

Por lo tanto, para que obre el consentimiento en estos casos, se debe de manifestar la decisión de la persona al intervenir en un determinado tipo de actividad deportiva. Consentimiento que es valido no para que se produzca un evento dañoso; sino para lo que pueda suceder de manera natural en el ejercicio del propio deporte.

Esto anterior, nos sitúa en presencia de otros elementos como la lícitud del juego y su debida reglamentación.

Sin embargo, visto de otra forma, en el caso que se produzca una lesión dentro de una actividad deportiva, es necesario observar:

- a) Si el deporte de que se trata está autorizado por el Estado;
- b) Si está autorizado y reglamentado hay que observar si se ha cumplido con dicha reglamentación.
- c) Si los sujetos activo y pasivo han manifestado su consentimiento en condiciones validas para el ejercicio del deporte.

En tanto, si los sujetos se han conducido de acuerdo a los puntos anteriores, el sujeto activo no podrá ser sancionado por haber actuado de acuerdo a la naturaleza del deporte realizado.

B) OPERACIONES MEDICO-QUIRURGICAS CON FIN CURATIVO, DE DIAGNOSTICO O SANITARIO.

Dentro de este tipo de operaciones el bien jurídico que se afecta o se daña es la Integridad Corporal y la Salud Personal, que está a disposición del paciente o de la persona que va hacer intervenida quirúrgicamente. Sin embargo, sabemos que en este tipo de intervenciones suelen ser sancionadas por el delito de lesiones u homicidio; pero estas actividades pueden ser justificadas por mediar el consentimiento por parte del sujeto manifestado en forma expresa o tácita.

Estas intervenciones médico-quirúrgicas tienen caracteres de lesión personal en cuanto a que se produce una alteración funcional del organismo implicando un daño aunque cuyo fin tienda a quitar algún mal de la salud.

Lo cierto es que en las intervenciones médico-quirúrgicas aún teniendo alguna forma de lesionar es justificada por el consentimiento del paciente al que se le da la preponderancia jurídica.

Así, entre otras intervenciones médico-quirúrgicas curativas en las que se lesiona o pone en peligro la Integridad Corporal como bien jurídico tutelado del paciente, originadas en este tipo de actividades y que pueden ser motivo de justificación de una actividad ilícita son las conductas hechas en *las intervenciones de órganos y tejidos; vasectomía o esterilización de la mujer y transfusión de sangre.*

Sin embargo, si falta el consentimiento del paciente, el cirujano será responsable de su función del mal que haya causado; en cambio cuando el médico obre por la necesidad de salvar al paciente, aun contra la voluntad de éste de algún peligro grave e inevitable como sería el caso de una operación o cirugía urgente, se presenta el caso del consentimiento presunto y el médico será responsable del logro obtenido.

C) INTERVENCIONES MEDICO-QUIRURGICAS SIN FIN CURATIVO

Dentro de éstas actividades o intervenciones el bien jurídico afectado es igualmente la Integridad Corporal y la Salud Personal.

Estas intervenciones médico-quirúrgicas sin fin curativo, consisten en satisfacer propósitos estéticos o de apariencia. Entre tanto, aquí el sujeto que desee que se le intervenga quirúrgicamente, al momento de solicitarle al médico su intervención, presupone su consentimiento quedando en riesgo el resultado deseado.

Por consiguiente, podríamos señalar que dentro de las intervenciones médico-quirúrgicas sin fin curativo, las actividades que se justifican por el consentimiento son las conductas hechas en: *la cirugía plástica; lesiones de la piel, como es el caso de los tatuajes, y el cambio de sexo; siendo éste realizado no para un fin con propósito estético, si no más bien es un cambio de apariencia física y constituye resignación del Estado.*

Cabe mencionar que dentro de las intervenciones médicoquirúrgicas con fin curativo, existe un fomento por parte del Estado; y en las operaciones médico-quirúrgicas sin fin curativo, existe una resignación por parte del Estado mismo; tan es así que existen

instituciones médicas en donde se llevan acabo este tipo de intervenciones quirúrgicas y que son pertenecientes al mismo gobierno como son las clínicas del ISSSTE, IMSS, etc.; igualmente al conceder permisos para crear clínicas y hospitales de carácter particular para lograr fines con avances médicos y estéticos.

CONCLUSIONES

1. *El delito se ha definido como la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible, definición que contempla nuestro ordenamiento penal de Guanajuato en su artículo 11 e inspirada en la dogmática penal alemana.*
2. *De la definición del delito se observa que está integrado por dos clases de elementos: los elementos objetivos donde se encuentra la Conducta, la Tipicidad, y la Antijuridicidad; y por otra parte los elementos subjetivos como son la imputabilidad y la culpabilidad; siendo estos en conjunto los aspectos positivos del delito*
3. *Por lo que respecta a la punibilidad existe una discusión de que si es elemento del delito o una consecuencia del mismo; mas sin embargo como nuestra ley lo considera como elemento, lo podemos considerar como elemento subjetivo.*
4. *Cada elemento del delito tiene un aspecto negativo; así tenemos que de la Conducta, su aspecto negativo será la Ausencia de Conducta; de la Tipicidad, Ausencia de Tipicidad; de la Antijuridicidad, Causas de justificación; de la Imputabilidad, Inimputabilidad; de la Culpabilidad la Inculpabilidad; y por último de la Punibilidad, tenemos como aspecto negativo a las Excusas Absolutorias.*
5. *La Antijuridicidad es definida como una relación de contradicción entre la Conducta Típica y el Orden jurídico; y consiste en un juicio de Valor (disvalor) cuyo objeto de valoración es la conducta que se adecua a un tipo penal, de tal modo que dicha conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no esté amparada por una Causa de Justificación.*
6. *Toda conducta típica que lesiona o pone en peligro un interés o un bien protegido por la ley es antijurídica; sin embargo pueden presentarse estas afectaciones y no estar dentro de la antijuridicidad por mediar alguna Causa de Justificación; y al*

existir alguna Causa de Justificación la conducta se justifica, aun más la conducta es lícita.

7. *Las Causas de Justificación eliminan la antijuridicidad de la conducta recayendo sobre la acción realizada, son objetivas por que se refieren al hecho y no al sujeto, es decir pertenecen a la realización externa del sujeto, es decir a su conducta externa objetiva*
8. *La antijuridicidad será formal cuando exista una infracción a la norma establecida por el Estado; y la antijuridicidad material existirá cuando una conducta sea contraria a los intereses de la sociedad, caracterizada por la violación de normas ético-sociales aceptadas por el Derecho.*
9. *El Orden Jurídico Penal se compone de normas jurídicas que prohíben realizar una conducta y de normas jurídicas que ordenan y mandan realizar una conducta que constituyen justificaciones o verdaderos permisos ante los cuales la conducta se justifica y es permitida, siendo por lo tanto lícita como lo son las causas de justificación.*
10. *Una de las formas para que se elimine la antijuridicidad es el Consentimiento del Sujeto Pasivo que se indica en la fracción primera del artículo 33 del Código Penal de Guanajuato. El Consentimiento es definido como el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal. Y surge el Consentimiento cuando se manifiestan las voluntades de las partes que hacen posible la relación que se forma. Pero en este caso debemos entender por Consentimiento la voluntad expresada exclusivamente por el sujeto pasivo. El Consentimiento del Ofendido es señalado en el artículo 33, y está basado en el principio de Ausencia de Interés. Este principio opera solamente cuando: "el Interés Social ampare un interés privado*

que disponga su beneficiario; cuando el individuo es titular del interés que se protege y pueda renunciarlo válidamente; cuando la tutela recaiga sobre el ejercicio de una libertad de modo que el consentimiento de las partes signifique el ejercicio y aprovechamiento del bien; o cuando la ley declara ilícita la ejecución de un acto sin el consentimiento del sujeto pasivo. La Naturaleza Jurídica del Consentimiento surge con el principio romano aportado por Ulpiano "Violenti non fit injuria" (no se causa injuria a quien consiente de ella). Esta justificación jurídica se haya en la excepción a la regla general de la tutela de los bienes jurídicos, surgiendo como excepción una estimación que el Estado cree conveniente llevar acabo basándose en valoraciones éticas, el que sea legitimada la afectación o puesta en peligro de ciertos intereses cuando sea manifestada la voluntad por el titular de los mismos.

11. *Los Bienes Jurídicos Tutelados que dispone lícitamente el Sujeto Pasivo para que obre el Consentimiento como Causa de Justificación de la antijuridicidad son la SALUD PERSONAL y la INTEGRIDAD CORPORAL.*

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

BIBLIOGRAFIA

CARDONA ARIZMENDI, Enrique y otro. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato 2ª., ed., Edi. Cárdenas; México D.F. 1985, P.p.653

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano (Parte General) 11ª., ed.,; Edi. Porrúa; México, D.F. 1977 P.p.904

CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal 27ª., ed., Edi., Porrúa; México, D.F. 1989 P.p. 359

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Parte General Tomo I 9ª., ed.; Edi. Nacional, México, D.F. 1961 P.p. 788

DAZA GOMEZ, Carlos Juan Manuel. Teoría General del Delito Edi.Cárdenas, México, D.F. 1997 P.p. 369

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal Tomo I Nueva Edición, Revisada y puesta al día por José. A. Rodríguez Muñoz. Edi. Revista de Derecho Privado; Madrid, España. 1955. P.p. 490

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 10ª., ed.; Edi. Porrúa; México, D.F. 1991 P.p. 558

RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I 4ª., ed.; Edi. Temis; Bogotá Colombia; 1974 P.p. 455

REYNOSA DÁVILA, Roberto. Teoría General del Delito. 3ª., ed.; Edi. Porrúa; México, D.F. 1998 P.p. 362

ROMERO SOTO, Luis Enrique. Derecho Penal Parte General. Edi. Temis. Bogotá, Colombia; 1969 Pp. 458

SISCO, Luis P. *Delitos Cometidos en el Ejercicio del Deporte.* Edi. Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina, 1963. P.p 108.

SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino.Tomo I* la. Reimpresión Total, Editorial Tipográfica Argentina; Buenos Aires, Argentina; 1951 P.p. 448

VELA TREVIÑO, Sergio. *Antijuridicidad y Justificación.* 3ª., ed.; 1990. Edi. Trillas. (La Reimpresión 1995.) México, D. F. P.p. 334.

VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano. Parte General.* 2ª., ed.; Edi. Porrúa, México, D.F. 1960. P.p. 63 l.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán Parte General* 11ª. ed.; 4ª. Edi. Castellana Traducido por Juan Bustos y Sergio Yañez. P. Edi. Jurídica De Chile; Santiago de Chile, 1993. P.p. 343.

CÓDIGOS Y LEYES

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Constitución Política* 124ª., ed. Ed. Porrúa México, D.F. 1998. P.p. 147.

GUANAJUATO. *Código Penal Sustantivo.* 7ª., ed.; ed. Porrúa. México, D.F. 1996. P.p. 220.

OTRAS FUENTES

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO 4 TOMOS. 9ª., ed., Ed. Porrúa. México 1996. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.